LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

La loi du **17 mars 1909**, comme celle du 29 juin 1935 qui la complète, est relative à la vente du fonds de commerce, terme repris dans le chapitre premier du titre quatre du nouveau Code de commerce.
La vente d'un fonds de commerce doit s'analyser comme un **acte de commerce par accessoire** puisqu'elle n'est pas mentionnée à l'article L110-1 du Code de commerce dans la liste des actes de commerce par nature.
Cette qualification a plusieurs <u>conséquences</u>. Les parties doivent avoir la capacité commerciale, si le vendeur n'a plus la qualité de commerçant la vente aura pour lui un caractère civil, dans ce cas il conviendra de faire une application distributive des règles sauf en ce qui concerne la prescription commerciale qui s'appliquera aux deux parties; les litiges relatifs à la vente du fonds relèvent de la compétence du tribunal de commerce; le principe de la liberté de la preuve va s'appliquer à l'encontre des cocontractants ayant la qualité de commerçant; la solidarité est présumée lorsque plusieurs vendeurs ou acheteurs sont parties à l'acte; la prescription décennale s'applique à la vente du fonds.

§1 LA CONCLUSION DE LA CESSION

A LES CONDITIONS DE LA CESSION

1 Les conditions de fond

a) La capacité

Les parties doivent avoir la <u>capacité commerciale</u>. Si cette capacité n'est pas forcément requise du vendeur, elle l'est en revanche pour l'acquéreur.
Le <u>mineur</u> ne peut se porter acquéreur d'un fonds de commerce, à défaut l'acte peut être sanctionné par la nullité relative.
Il peut cependant vendre un fonds de commerce mais il faudra l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles selon qu'il est sous tutelle ou sous administration légale.
Le fonds de commerce, étant un bien de valeur importante, ne peut être vendu qu'avec le consentement des deux conjoints s'il fait partie d'une communauté de biens entre <u>époux</u>.

b) Le consentement

Comme tout contrat, la vente d'un fonds de commerce nécessite le consentement des deux parties contractantes, qui doit porter sur la <u>chose et sur le prix</u>, éléments essentiels du contrat.
La jurisprudence admet toutefois que la vente n'est pas définitivement conclue si les parties ne se sont pas accordées sur un élément de la vente qu'elles considèrent comme important, quand bien même elles seraient d'accord sur la chose et sur le prix.
Le consentement des parties doit être exempt de vices. Erreur, dol ou violence peuvent affecter la validité de la vente.
Cependant les articles L141-1 et L141-3 du Code de commerce prévoient un <u>dispositif spécial de protection de l'acheteur</u>, en obligeant le vendeur à délivrer un certain nombre d'informations.

L'absence ou l'inexactitude de ces mentions peut entraîner soit la mise en jeu de l'obligation de garantie du vendeur, soit l'annulation de la vente.
Dans plusieurs décisions concernant tant l'invocation de l'erreur que le dol, la Cour de cassation a clairement admis la possibilité d'un cumul d'actions entre celle prévue par le droit commun des obligations et celle régie spécialement par le fonds de commerce.
La justification donnée en doctrine est que la protection spéciale offerte à l'acquéreur du fonds ne doit pas avoir pour effet de faire échapper le vendeur aux actions de droit commun.
Il faut toutefois faire attentions aux différences de prescriptions, qui est de cinq ans en matière de droit commun, tandis que l'action en nullité ne peut être formée que dans l'année de l'acte de cession concernant la protection aménagée par le Code de commerce.

c) L'objet

L'objet de la vente est double : le fonds de commerce, et en contrepartie, son prix.
En ce qui concerne <u>le fonds de commerce</u>, le contrat doit porter sur l'universalité constitutive du fonds et non sur un ou plusieurs éléments isolés de celui-ci.
Les parties sont évidemment libres de déterminer contractuellement les éléments qui seront cédés, mais faute de précision dans l'acte, tous les éléments entrant dans la composition du fonds de commerce au moment de la vente seront cédés.
Le critère de la vente d'un fonds est **la transmission de la clientèle**. La clientèle étant l'élément essentiel du fonds, elle est nécessairement comprise dans la cession.
En principe, il y a cession de fonds de commerce dès lors qu'il y a cession de la clientèle ou de l'élément caractéristique qui permet de la retenir. Dans ce cas, la cession de la clientèle seule vaut cession du fonds de commerce. Au contraire, si la clientèle ou l'élément déterminant de celle-ci ne sont pas cédés, il n'y a que cession d'éléments isolés et non du fonds de commerce lui-même.
A partir de ce postulat, chaque élément du fonds peut être exclu de la cession s'il n'est pas le support essentiel de la clientèle.
Les juges apprécient au cas par cas, l'élément d'attraction de la clientèle pouvant varier selon le type de commerce envisagé.
Plusieurs éléments ne font cependant pas partie du fonds de commerce, ils ne sont donc pas compris dans la cession du fonds sauf volonté contraire des parties. Tel est le cas des immeubles, des documents comptables et de la correspondance commerciale.
Le fonds de commerce n'étant pas un patrimoine autonome, il ne comprend pas les créances. Le cédant ne les transfère donc pas à l'acquéreur, sauf stipulation contraire. Dans le cas d'une cession des créances, il est nécessaire d'accomplir les formalités requises par l'article 1690 du Code civil, car même compris dans le fonds de commerce par la volonté des parties, chaque élément conserve son individualité.
Les dettes ne font pas partie des éléments du fonds de commerce, mais il peut y avoir une substitution de débiteur si le créancier y consent. Il est également possible de stipuler une obligation de solidarité entre le cédant et le cessionnaire.
En ce qui concerne <u>le prix</u> du fonds de commerce, il faut qu'il soit déterminé ou déterminable.
Ce doit être une somme d'argent. Les parties peuvent avoir recours à un expert pour fixer le prix de vente, elles sont libres de déterminer les modalités de paiement du prix.
L'article L141-5 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que lorsque le prix de vente n'a pas été payé comptant il doit être ventilé en trois parties distinctes, représentant le prix des éléments incorporels, du matériel et des marchandises. Toutefois la jurisprudence considère que cette mesure est nécessaire à l'existence du privilège du vendeur mais non à la validité de la vente elle-

même.
Le prix doit être sérieux, s'il est dérisoire la vente sera requalifiée en donation, ou sera nulle si aucune intention libérale n'a pu être établie.
Le prix doit également être réel et sincère, diverses dispositions législatives tendant à prévenir la tentation de minorer le prix.
Les cessions de fonds de commerce sont soumises à un droit d'enregistrement qui est contrôlé par l'Administration fiscale. L'Administration fiscale peut rectifier le prix lorsqu'il est inférieur à la valeur vénale réelle du fonds et justifier sa propre évaluation au moyen de comparaison tiré de la cession de biens intrinsèquement similaires. L'Administration opère ainsi un redressement fiscal.
D'ordre public, la nullité de l'article 1840 du Code général des impôts est absolue et atteint toute la convention dissimulant une partie du prix. L'Administration fiscales peut également utiliser la procédure du redressement fiscal ou de l'abus de droit.

2 Les conditions de forme

La loi a institué un formalisme strict essentiellement destiné à <u>préserver les intérêts de l'acquéreur</u>.
Aucune disposition légale n'impose en principe aux parties de rédiger un écrit pour constater la cession d'un fonds de commerce. Ainsi la doctrine en a déduit que le droit spécial du fonds de commerce ne déroge pas au principe général de consensualisme.
Cependant la rédaction d'un écrit s'avère nécessaire à plusieurs égards. Qu'il s'agisse de l'accomplissement des formalités de publicité, de la délivrance à l'acheteur des informations prévues à l'article L141-1 du Code de commerce ou encore de l'inscription du privilège du vendeur, un instrumentum écrit s'impose.

a) Les avant-contrats

Comme en matière de vente immobilière, la vente d'un fonds de commerce est fréquemment précédée d'un avant-contrat qui prendra la forme soit d'une promesse synallagmatique de vente, soit d'une promesse unilatérale d'achat ou, plus fréquemment, de vente. Pour l'essentiel s'appliquent les règles de droit commun prévues en pareil cas.
La **promesse synallagmatique de vente** peut être assortie de la faculté pour les parties de se rétracter moyennant le paiement d'une indemnité, appelée dédit. Le dédit a pour but, d'une part, de permettre à l'un ou l'autre des parties de se libérer unilatéralement de son engagement, d'autre part, de réparer le préjudice subi par l'une des parties lorsque la mise en oeuvre de la faculté de rétractation a empêché la réalisation de la cession. L'indemnité échappe au pouvoir de révision judiciaire prévu à l'article 1152 du Code civil.
La promesse peut également contenir une clause pénale destinée à assurer l'exécution des engagements souscrits par la menace d'une pénalité en cas de renonciation à la vente. Le juge peut réduire la somme réclamée par le vendeur si elle est manifestement excessive.
En principe la promesse synallagmatique vaut vente aux termes exprès de l'article 1589 du Code civil. Mais il peut arriver que les parties prévoient que la vente ne deviendra définitive qu''au moment de sa réitération ou de sa régularisation par acte authentique. passé un certain délai, si l'acte authentique n'est pas signé la vente devient caduque. La réitération lorsqu'elle intervient a pour effet de purger la promesse des vices ou imprécisions dont elle est éventuellement porteuse.
En cas de divergence entre les stipulations figurant dans la promesse et l'acte authentique, ce sont les clauses de ce dernier qui doivent prévaloir.

La promesse unilatérale d'achat est assez rare en pratique.
La **promesse unilatérale de vente** est l'acte par lequel une personne s'engage à vendre son fonds de commerce à des conditions déterminées. Jusqu'à la levée d'option elle ne vaut pas vente puisque seul le promettant est engagé, le bénéficiaire est libre de lever ou non l'option.
La promesse peut prévoir la possibilité pour le bénéficiaire de l'option de se substituer un tiers.
La promesse doit, à peine de nullité, être constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Le point de départ de ce délai est la date d'acceptation de la promesse. Il en est de même lorsque la promesse est assortie d'une condition suspensive.
Les promesses unilatérales de vente contiennent fréquemment une clause prévoyant le paiement d'une certaine somme par l'acquéreur qui ne lèverait pas l'option. Elle constitue le prix de l'avantage que lui consent le vendeur en s'interdisant de céder son bien à une autre personne. Il s'agit d'une véritable indemnité d'immobilisation destinée à compenser le préjudice subi par le vendeur en raison de l'indisponibilité de son fonds.
Toutefois, si elle est d'un montant trop élevé, le bénéficiaire de la promesse n'est plus libre de ne pas acquérir le fonds de commerce, il est contraint à lever l'option. La requalification s'impose alors : la promesse unilatérale devient synallagmatique. Il convient dès lors de respecter les mentions obligatoires prescrites à l'article L141-1 du Code de commerce.
Il appartient au juge d'apprécier souverainement l'importance de la somme convenue, selon les circonstances de l'espèce. Les tribunaux tiennent compte notamment de la durée d'indisponibilité du fonds.
La promesse peut être requalifiée lorsque l'indemnité représente le tiers du prix de la cession mais pas lorsqu'elle reste en deçà d'un cinquième du prix, ou, a fortiori, moins d'un dixième. De même, il y a requalification lorsque le montant de l'indemnité n'est pas fixé.
Concernant la question des mentions impératives prescrites à l'article L141-1 du Code de commerce, elles doivent être respectées dans le cas d'une promesse synallagmatique de vente, puisqu'elle vaut vente aux termes de l'article 1589 du Code civil. Il en va de même d'une promesse unilatérale d'achat puisque l'acheteur sera définitivement engagé au terme de la promesse.
En revanche, en présence d'une promesse unilatérale de vente, les mentions légales n'ont pas en principe à être énoncées, sauf s'il s'avère que, au-delà des apparences, le contrat s'analyse comme une promesse synallagmatique de vente d'un fonds de commerce.

b) Les mentions obligatoires

L'article **L141-1 du Code de commerce** impose au vendeur d'un fonds de commerce une **obligation d'information** à l'égard de l'acheteur. Destinées à protéger l'acquéreur d'un fonds de commerce les mentions de l'article L141-1 du Code de commerce sont impératives. Elles doivent figurer dans l'acte de vente lui-même.
Doivent être annulées la clause de l'acte de vente dispensant le vendeur de respecter les mentions exigées par le texte ou la renonciation à exercer son droit, antérieure à la signature de l'acte, émanant de l'acquéreur.
L'article L141-1 du Code de commerce vise tout acte constatant la cession amiable d'un fonds de commerce. La règle s'impose à l'acte authentique comme à l'acte sous seing privé, mais exclut les ventes aux enchères publiques, les donations et les opérations d'attribution par partage ou licitation.
L'article L141-1 du Code de commerce s'attachant au résultat de l'acte, la cession amiable d'un

fonds, les obligations informatives s'imposent à d'autres contrats que les seules ventes.
Il en va ainsi de l'apport en société d'un fonds de commerce, de l'échange lorsqu'il y a un double transfert de propriété, de la location-gérance assorti d'une promesse synallagmatique de vente du fonds de commerce en faveur du locataire-gérant.
La jurisprudence a toutefois admis que les règles spéciales du Code de commerce sur la vente du fonds de commerce ne sont pas transposables au fonds artisanal, mais il paraît prudent de les respecter.
Les exigences légales ne trouvent à s'appliquer que dans la mesure où l'acte entraîne transfert de propriété du fonds. Par suite, la cession massive de droits sociaux d'une personne morale titulaire d'un fonds de commerce n'impose pas le respect des exigences de l'article L141-1 du Code de commerce. L'analyse est désormais adoptée par la première chambre civile ainsi que par la Cour d'appel de Paris.
L'énumération des informations visées à l'article L141-1 du Code de commerce est limitative.
L'acquéreur dispose des actions de droit commun, par exemple l'action fondée sur un vice du consentement ou l'action en garantie du vendeur pour sanctionner l'inexactitude des mentions non obligatoires ou le non respect des usages de la profession.
Les actes entrant dans le champ d'application du texte doivent impérativement comprendre :
- nom du précédent vendeur, date et nature de l'acte, prix de l'acquisition;
- état des privilèges et nantissements grevant le fonds;
- chiffre d'affaires et bénéfices réalisés au cours des trois années d'exploitation, ou depuis son acquisition si le vendeur ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans;
- date et durée du bail, nom et adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

c) La sanction de l'inobservation des conditions de forme

L'article L141-1, II, du Code de commerce dispose que **l'omission des énonciations obligatoires** "peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente".
Il s'agit donc d'une nullité relative destinée à protéger les intérêts de l'acquéreur. La nullité ne peut être demandée que sur la demande de l'acquéreur et à son seul profit.
La nullité est facultative, il appartient au juge d'apprécier au cas par cas si l'inobservation des exigences légales est une cause de nullité de l'acte. Pour annuler la vente, les juges doivent établir la conjonction de deux éléments.
D'une part, ils doivent rechercher si l'omission d'une mention a vicié le consentement de l'acquéreur, d'autre part, ils doivent établir que l'omission a été pour lui source d'un préjudice. Il revient à l'acquéreur, demandeur à l'action en nullité, d'apporter la démonstration que l'omission des énonciations légales a vicié son consentement et lui a causé un préjudice. Il peut s'appuyer, pour le faire, sur des éléments postérieurs à la vente, en l'occurrence ceux tirés du chiffre d'affaire réel dégagé par le fonds.
Une partie de la doctrine suggère la solution inverse, plus conforme avec l'objectif de protection de l'acquéreur poursuivi par l'article L141-1 : c'est au vendeur qu'il reviendrait d'établir que, en dépit du défaut des mentions obligatoires, l'acheteur a été pleinement informé et n'a donc pas subi de préjudice. La jurisprudence dominante n'est cependant pas en ce sens.
La Cour de cassation considère que le délai court du jour de l'acte de vente. Lorsque la signature de l'acte définitif a été précédée d'une promesse synallagmatique de vente, c'est à compter de cette dernière que court le délai, dès lors que l'acte définitif se borne à reprendre les stipulations de la promesse, notamment quant au prix et à la désignation du bien vendu.
Il s'agit d'un délai préfix qui n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension. L'assignation

devant un tribunal incompétent n'interrompt pas la prescription. L'exception de nullité ne peut être mise en oeuvre par l'acheteur, assigné en paiement du prix de vente du fonds, qui prétendrait opposer à cette action les omissions affectant l'acte de cession. L'acquéreur peut toutefois se soumettre aux règles de droit commun.
Il convient d'opérer les restitutions qui s'imposent pour que les parties soient replacées dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé.
La jurisprudence a cependant admis qu'une action en réduction du prix était concevable lorsque existaient non seulement des omissions, mais également des inexactitudes dans les mentions de l'acte de vente, l'action étant alors fondée sur l'article L141-3 du Code de commerce.
Le préjudice subi par l'acquéreur peut-être réparé par l'octroi de dommages-intérêts.
L'acquéreur du fonds, en cas d'omission ou d'inexactitude des mentions légales, peut diligenter une action sur le terrain de l'erreur ou du dol. Notamment la Cour de cassation admet le dol par réticence lorsque l'information dissimulée a eu une incidence sur le consentement de l'acquéreur.
Lorsqu'il y a omission d'une mention, le rédacteur encourt seulement une responsabilité personnelle fondée sur un manquement à son obligation de conseil.
En outre, le dol commis par un client ne fait pas obstacle à la condamnation du rédacteur de l'acte à le garantir partiellement, en considération de la faute professionnelle qu'il a commise. Le notaire, en tant que rédacteur de l'acte, alors même qu'il n'en a pas été le négociateur, est tenu de prendre toutes les dispositions utiles pour en assurer l'efficacité.
Selon l'article L141-3 du Code de commerce, **l'inexactitude des mentions obligatoires** entraîne garantie du vendeur. Les règles du droit commun concernant la garantie des vices cachés se trouvent expressément étendues à la vente du fonds de commerce. Il en résulte trois conséquences importantes :
Tout d'abord l'acquéreur peut demander soit la résolution du contrat soit la réduction du prix, à cela le vendeur doit prouver l'inexactitude des énonciations et le préjudice qui en est résulté.
Ensuite les mentions inexactes se trouvent assimilées à un vice caché. Enfin, conformément à la règle de l'article 1645 du Code civil, l'acquéreur pourra, outre la restitution du prix, obtenir l'indemnisation des dommages non réparés que lui a occasionné le vice en question. Il faut démontrer que le vendeur connaissait au moment de la vente le vice, qu'il avait conscience de l'inexactitude de la mention.
L'action fondée sur l'inexactitude d'une mention non obligatoire n'entraîne la garantie du vendeur que dans les conditions du droit commun.
Plus délicate est la distinction entre omission et inexactitude. La jurisprudence veille au strict respect du domaine dévolu à chacune d'elles. Ainsi, l'indication qu'il y a eu des bénéfices sans préciser leur montant est une omission; le fait de mentionner les bénéfices fiscaux forfaitaires et non les bénéfices réels ets une inexactitude.
C'est à l'acquéreur de prouver l'inexactitude des mentions et du préjudice qui en est résulté pour lui. Cette preuve peut être apportée par tous moyens.
Le délai pour agir est d'un an, le point de départ est expressément fixé par la loi à compter de la date de prise de possession du fonds par l'acquéreur. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que l'action soit introduite dès que le signataire du "compromis" a eu connaissance de la fausseté de la déclaration faite par le vendeur. La Cour de cassation estime qu'il s'agit d'un délai préfix qui n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension, analyse qui rejoint la position de la doctrine.
L'acquéreur peut invoquer également les règles de droit commun.
Il y aura soit résolution de la vente, soit réduction du prix selon l'action intentée par l'acheteur.

B L'INTERVENTION D'INTERMEDIAIRES

Il est très fréquent que la vente soit le fruit de l'intervention d'un intermédiaire professionnel : notaire, agent immobilier, ou agent spécialisé dans la vente de fonds de commerce. Ces derniers sont assujettis à une réglementation professionnelle, comportant des exigences d'aptitude, de moralité, d'assurance professionnelle, etc. L'exercice de leurs activités est également réglementé : exigence d'un mandat écrit, tenue obligatoire d'un registre professionnel, interdiction de percevoir une rémunération avant la conclusion de la vente.
Sur deux points, le régime juridique des intermédiaires quels qu'ils soient, y compris les notaires, interfère avec celui de la vente du fonds de commerce :
- l'intermédiaire est solidairement responsable avec le vendeur des inexactitudes des énonciations de l'acte de vente s'il les connaissait, selon l'article L141-3 alinéa 2 du Code de commerce. Cette prescription légale n'écarte d'ailleurs pas la responsabilité civile professionnelle de l'intermédiaire pour d'autres manquements à ses obligations, en particulier son devoir de conseil et d'information.
- L'intermédiaire est garant du respect des droits des créanciers chirographaires. Il a l'obligation de bloquer les fonds pendant le délai nécessaire à la procédure d'opposition, puis de répartir le prix de vente entre les ayants-droit dans un délai de trois mois après la vente.